

per le “imprese mafiose”, quali la prostituzione, il commercio di stupefacenti e il contrabbando di tabacchi lavorati.

In sostanza, sul piano statistico è come se il nostro Paese ammettesse, suo malgrado, che anche una parte dell’economia mafiosa è “buona” e, come tale, può contribuire alla ricchezza nazionale, addirittura incrementandola dello 0,9 per cento²⁶⁷. La mafia, dunque, sarebbe una componente della ricchezza nazionale.

La Commissione rifiuta nettamente questo tipo di interpretazione. L’economia criminale, in particolare quella mafiosa, produce semmai sempre “ricchezza negativa” perché è di ostacolo ad una crescita pulita e trasparente, non solo economica ma anche civile dell’Italia, degli altri Stati membri dell’Unione e dei loro cittadini.

In realtà, avrebbe senz’altro avuto maggior senso che si fosse preso in considerazione non solo quanto è stato prodotto attraverso attività criminali, ma anche e soprattutto il valore di quanto non è stato prodotto a causa delle distorsioni generate dalla diffusione della criminalità. In altri termini, oltre al fatturato, l’altro elemento che va considerato è il costo per la collettività, per il singolo e per le imprese, in ragione della presenza dell’economia illegale. La Commissione è dell’avviso che in questo tipo di analisi o di computo statistico andrebbero sempre valutati gli effetti negativi in termini di maggiori oneri e spesa, nonché in termini di perdita complessiva per lo Stato che essa produce.

È necessario, poi, aver chiaro che il fatturato dell’attività criminale sottrae una pari quantità di risorse all’attività legale e, come tale, di per sé crea un impoverimento dell’economia. Quel fatturato produce poi a cascata altri effetti negativi determinando di fatto un costo ulteriore.

L’imprenditore che subisce estorsioni, per esempio, vede sottratti parte dei fondi della sua attività ordinaria, incidendo negativamente sulla capacità dell’impresa di fare investimenti. Se deve pagare il pizzo, ha meno fondi da destinare all’azienda. Non fare investimenti significa, poi, non attivare un canale di crescita nel territorio, non assumere persone.

Lo stesso Governatore della Banca d’Italia, Ignazio Visco, sentito in audizione, ha ricordato come l’indotto e le conseguenze dell’azione criminale abbiano un’indubbia ripercussione sull’economia del Paese; per esempio, l’economia criminale può impedire la nascita di buone imprese in certi settori e, quindi, la crescita dell’attività economica dove sarebbe necessaria²⁶⁸.

In proposito, con riferimento al Mezzogiorno d’Italia, l’Istituto di vigilanza conduce molti studi proprio al fine di quantificare cosa sarebbe potuto succedere se non ci fosse stato un impedimento di questa natura. Le analisi effettuate, fondate su indagini statistiche ed econometriche, quantificano l’impatto aggregato sulla crescita del prodotto. Una prima analisi dell’Istituto di vigilanza, effettuata nel corso della precedente legislatura su impulso della Commissione Antimafia, ha stimato che l’insediamento della criminalità organizzata in due regioni ad intensità mafiosa non così elevata come in altre parti del Paese, come la Puglia e la Basilicata, ha generato nell’arco di un trentennio una perdita di prodotto di circa il 16 per cento, un sesto, rispetto a uno scenario controfattuale se non ci fosse stato questo insediamento. Con una metodologia simile, la Banca d’Italia ha confrontato gli andamenti in Friuli Venezia Giulia e Irpinia dopo i terremoti del 1976 e del 1980 che hanno avuto un forte afflusso di fondi pubblici. Le stime statistiche hanno evidenziato che laddove la criminalità organizzata - come in Friuli Venezia Giulia - non era presente, nei trent’anni successivi la crescita del PIL *pro capite* è stata superiore di circa 20 punti percentuali rispetto a quella osservata in una regione di tipo controfattuale. Al contrario, in

²⁶⁷ Secondo le stime dell’ISTAT, l’economia illegale, intesa come commercio di sostanze stupefacenti, attività di prostituzione e contrabbando di alcool e tabacchi lavorati, avrebbe avuto nel 2011 un peso complessivamente pari allo 0,9% del PIL, valore simile a quello della Spagna e lievemente superiore a quello del Regno Unito (0,7%).
Seduta del 14 gennaio 2015, audizione del Governatore della Banca d’Italia, Ignazio Visco. Resoconto stenografico n. 76.

²⁶⁸ Seduta del 14 gennaio 2015, audizione del Governatore della Banca d’Italia, Ignazio Visco. Resoconto stenografico n. 76.

Irpinia, dove la criminalità organizzata era fortemente radicata, la crescita del PIL *pro capite* è stata inferiore di 12 punti²⁶⁹.

L'impatto negativo delle mafie si ripercuote, infine, in termini di competitività del nostro Paese a livello internazionale. Utilizzando l'indicatore *Doing Business*, che fornisce una sintesi della qualità dell'ambiente istituzionale, e considerando il grado di penetrazione criminale nel territorio, è stato stimato che, a parità di altre condizioni, se le istituzioni italiane fossero state qualitativamente simili a quelle dell'area dell'euro, tra il 2006 e il 2012 i flussi di investimento esteri in Italia sarebbero risultati superiori del 15 per cento – quasi 16 miliardi di euro – agli investimenti diretti effettivamente attratti nel periodo²⁷⁰.

In conclusione, sotto qualunque profilo lo si guardi, l'impatto delle mafie sull'economia ha sempre connotazioni di segno negativo. È una conclusione che stride, e non poco, con i nuovi metodi di ricalcolo del prodotto interno lordo del nostro Paese.

La Commissione auspica che nella prossima legislatura si avvii una profonda riflessione da parte della politica affinché il nostro Paese non ceda ulteriormente alla suggestione di un ricalcolo del PIL, apparentemente più favorevole sul solo piano dei conti nazionali, che possa apparire come una forma di “legalizzazione” statistica di quei proventi mafiosi che, al contrario, quotidianamente la magistratura e le forze dell'ordine sottraggono ai poteri criminali come fattori di inquinamento dell'economia.

²⁶⁹ Seduta del 14 gennaio 2015, audizione del Governatore della Banca d'Italia, Ignazio Visco. Resoconto stenografico n. 76

²⁷⁰ Banca d'Italia, Questioni di Economia e Finanza, n. 230, settembre 2014, “Investimenti diretti esteri e qualità delle istituzioni”.

4.4 Mafia e risorse pubbliche

4.4.1 Mafia e appalti

Il nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici

Con l'approvazione del decreto correttivo²⁷¹ al nuovo codice degli appalti²⁷² si è chiusa la prima fase di definizione della normativa di riferimento generale per la disciplina a livello nazionale del settore degli appalti e delle concessioni.

È in corso d'opera la seconda fase, volta a mettere a punto l'articolato mosaico degli atti di regolazione subprimaria previsti dal legislatore delegante. Nel nuovo codice si è chiaramente optato per il superamento del modello rigido del regolamento unico a favore di un sistema attuativo più snello e flessibile demandato però ad una pluralità di strumenti normativi e amministrativi e, in particolare, ad almeno tre tipologie di linee guida, nonché a decreti ministeriali, interministeriali e decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, con il rischio - da monitorare - del riproporsi, a valle, di incertezze conseguenti a sovrapposizioni di fonti o lacune normative.

Nella dicotomia tra rigidità e flessibilità, il codice ha chiaramente scelto la seconda opzione. Semplificazione, qualità e trasparenza sono i principi ispiratori della riforma, nella conclamata prospettiva di maggiore legalità e minore corruzione da perseguire attraverso la profonda revisione e il rafforzamento di strumenti volti ad arginare fenomeni corruttivi.

Semplificazione, qualità e trasparenza nelle procedure

La semplificazione, tanto formale quanto sostanziale, è la cornice essenziale della nuova disciplina sui contratti pubblici.

Sotto il profilo formale, si è già accennato alla scelta di un codice - non in sé concluso - che si limitasse al recepimento delle direttive e a un "riordino complessivo" della materia, demandando, eminentemente, a linee guida i dettagli operativi.

Dal punto di vista sostanziale, la proliferazione della normativa, generata da un codice a schema attuativo aperto, dovrebbe essere contenuta da un principio di portata semplificatoria generale costituito dal divieto di *gold plating* ossia il divieto di introduzione di livelli di regolazione maggiori o più incisivi rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni oggetto di recepimento che possono cagionare maggiori oneri amministrativi per i destinatari²⁷³. Nel dettaglio, i singoli istituti dovrebbero favorire la diminuzione di tempi e costi della procedura, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti²⁷⁴, la standardizzazione delle procedure attraverso bandi tipo²⁷⁵ e la piena

²⁷¹ D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, pubblicato nella G.U. n. 103 del 5 maggio 2017 ed entrato in vigore il 20 maggio 2017.

²⁷² D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato nella G.U. n. 91 del 19 aprile 2016 ed entrato in vigore lo stesso giorno della sua pubblicazione.

²⁷³ L'articolo 1 della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha stabilito, tra i criteri e principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, anche il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee da recepire, facendo salva la tutela di interessi e obiettivi ritenuti dal Parlamento più meritevoli, quali, ad esempio, la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia.

²⁷⁴ L'articolo 37, comma 3, del decreto legislativo n. 50/2016, impone alle stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 di procedere all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. Il comma successivo prevede ulteriori ipotesi di aggregazione in relazione a stazioni appaltanti che siano comuni non capoluoghi di provincia.

²⁷⁵ Articolo 71 del decreto legislativo n. 50/2016, in base al quale al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente all'adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi.

informatizzazione delle procedure di gara²⁷⁶. La semplificazione viene ricercata con la previsione di una maggiore flessibilità, in particolare per i contratti sotto soglia comunitaria. La flessibilità troverebbe maggiore applicazione nelle diverse ipotesi di partenariato pubblico privato per l'esigenza di lasciare spazi alla negoziazione paritetica cui fa riferimento la IV parte del codice ove viene enucleato il suo ambito operativo e contenutistico nonché le sue forme esplicative quali il *project financing*, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche. Tutte formule organizzative da monitorare adeguatamente nella loro concreta applicazione in quanto non esenti, nel passato²⁷⁷, da profili di criticità dal punto di vista dei controlli e dal rischio di infiltrazioni illegali²⁷⁸.

Sul versante della qualità della progettazione e della realizzazione delle attività oggetto di appalto, numerose disposizioni del codice insistono su una migliore idoneità tecnica ed economica di strumenti e soggetti coinvolti nelle procedure. Sotto il profilo soggettivo, la nuova disciplina è più esigente nel riconoscimento dei requisiti di qualificazione degli operatori economici²⁷⁹, introducendo anche differenti e più elevati requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti, sul presupposto che la preparazione e la competenza professionale di quanti siano preposti alle relative incombenze rappresenti una delle più valide forme di difesa preventiva contro la corruzione. Sul versante oggettivo della disciplina, si segnala l'importante principio secondo cui gli appalti relativi ai lavori debbono essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto appare maggiormente idoneo a garantire la rispondenza dell'opera a parametri di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi previsti e dei costi preventivati²⁸⁰.

In merito alla trasparenza²⁸¹, il codice si pone in sintonia con le più recenti innovazioni in tema di pubblicità e accessibilità degli atti amministrativi, specie a seguito della maggiore coerenza impressa da alcune disposizioni del decreto correttivo in tema di accesso agli atti e informazione ai candidati²⁸². Nella stessa direzione di una maggiore apertura delle procedure di gara alla partecipazione ai cittadini va la previsione del dibattito pubblico obbligatorio sulle grandi opere, e l'introduzione di modelli di partenariato "*latu sensu sociale*", quali gli interventi di sussidiarietà orizzontale²⁸³ e il baratto amministrativo²⁸⁴. La decisa spinta verso una completa digitalizzazione

²⁷⁶ Articolo 58 del decreto legislativo n. 50/2016.

²⁷⁷ Soprattutto la disciplina del *project financing*, contenuta nel previgente articolo 153 del decreto legislativo n. 163/2006, viene ampiamente riscritta dagli articoli 183 e ss., del decreto legislativo n. 50/2016, attraverso una considerevole riduzione e semplificazione della fattispecie.

²⁷⁸ Sul punto, v. *infra*, par. 3.3.

²⁷⁹ Articolo 83 del decreto legislativo n. 50/2016.

²⁸⁰ L'articolo 23, comma 8, specifica che il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.

²⁸¹ Articoli 29 e 53 del decreto legislativo n. 50/2016.

²⁸² Cfr. le modifiche al comma 4 dell'articolo 29, e l'aggiunta del comma 4-*bis*, da parte dell'articolo 19 del decreto legislativo n. 56/2017.

²⁸³ L'articolo 189, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016, prevede che per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza.

²⁸⁴ L'articolo 190 del decreto legislativo n. 50/2016 dispone che gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.

degli appalti attesta, infine, l'intento del legislatore di rendere aperte, accessibili e partecipate le procedure di gara, con vantaggi su tempi, costi e qualità del loro svolgimento.

Le novità in tema di contrasto alla corruzione e alla mafia

Evidentemente, un quadro normativo così ambizioso e innovativo non può non prendere in considerazione il contrasto alla corruzione e alle infiltrazioni mafiose, tema cruciale che fa sempre da sfondo ad ogni valutazione in ordine al buon funzionamento delle procedure di appalto.

Il codice affronta la questione in modo sia diretto che trasversale.

Tra le disposizioni che puntano immediatamente ad accrescere le garanzie di legalità delle procedure di gara, rilevano particolarmente quelle sui requisiti di ordine generale degli operatori economici estesi anche ai subappaltatori²⁸⁵. Al riguardo, il nuovo codice intende segnare il passaggio da un sistema “statico” dei requisiti formali, quale quello assai controverso delle SOA, a un sistema “dinamico” di requisiti sostanziali di tipo reputazionale, oggettivi e misurabili, che esprimano la capacità strutturale e l'affidabilità dell'impresa.

Particolarmente articolata è anche la disciplina dei motivi di esclusione contenuta nell'articolo 80 del decreto legislativo n. 50/2016 che ripropone, in parte, la disciplina del precedente codice²⁸⁶ precisandola, tuttavia, in alcuni punti attesa la maggiore analiticità delle nuove cause di esclusione.

Altro punto fermo della riforma, in coerenza con l'obiettivo di correlare indissolubilmente legalità e appalti, è il rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti²⁸⁷. L'ANAC in questo ambito è chiamata, inoltre, ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione e applicazione del codice.

Sono, tuttavia, le norme che modificano istituti e strumenti tradizionali quelle che impattano maggiormente sugli obiettivi di legalità, sia pure trasversalmente.

In questo senso, con riferimento alla scelta del contraente, si spinge per una più estesa applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, che in precedenza rappresentava solo una delle alternative a disposizione delle stazioni appaltanti. Tale metodo di aggiudicazione assurge a criterio preferenziale per tutte le procedure di appalto divenendo obbligatorio per gli appalti dei servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera nei settori in cui prevale l'esigenza di qualità o di tutela dei lavoratori²⁸⁸. Settori nei quali - per una effettiva tutela del lavoro - dovrebbe regolarsi in fase di emanazione della normativa subprimaria il ricorso al subappalto a organismi non tenuti per loro conformazione giuridica al rispetto della normativa a tutela dei lavoratori (cooperative) ove si è avuto modo maggiormente di riscontrare infiltrazioni della criminalità organizzata.

Si è, inoltre, già fatto cenno alla particolare attenzione che il legislatore ha risposto sui sistemi di qualificazione, tanto delle imprese quanto delle stazioni appaltanti, con l'obiettivo non celato di assicurare in tal modo procedure più limpide, oltre che prestazioni più efficienti. In questa direzione, vanno anche l'istituzione dell'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici²⁸⁹ e dell'albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente il ruolo di

²⁸⁵ Articolo 83 del decreto legislativo n. 50/2016.

²⁸⁶ Confronta con articolo 38 del decreto legislativo n. 163/2006.

²⁸⁷ Tra le disposizioni che segnano la centralità dell'ANAC vanno segnalate: quella contenuta nell'articolo 38, in base al quale presso l'ANAC viene tenuto l'elenco delle stazioni appaltanti; la previsione di cui all'articolo 211, secondo cui l'ANAC potrà esprimere pareri di precontenzioso su questioni sorte durante lo svolgimento della procedura di gara che, in caso di assenso di entrambe le parti, potranno divenire vincolanti; in termini generali, i compiti di vigilanza, controllo e regolazione previsti dall'articolo 213, commi da 1 a 17-*bis*.

²⁸⁸ Articolo 95 del decreto legislativo n. 50/2016.

²⁸⁹ Articolo 78 del decreto legislativo n. 50/2016.

direttore dei lavori e di collaudatore²⁹⁰. Tutte misure volte a garantire che, tanto dalla parte del committente quanto da quella dell'appaltatore, vi sia una "patente" certificata di moralità pubblica, oltre che di affidabilità.

Va, comunque, evidenziato che sull'opportunità e sull'efficacia pratica di ciascuno di questi interventi sussistono perplessità - espresse, tra l'altro, a più riprese dal Consiglio di Stato in sede consultiva²⁹¹ e solo in parte superate - nonché repentine retromarcie in sede di correttivo, su segnalazione della stessa ANAC.

Nello specifico, il Consiglio di Stato ha espresso non poche riserve sul sistema del *rating* d'impresa, rilevando che le cause di esclusione per difetto di requisiti morali necessitano d'una formulazione più chiara e immediatamente fruibile da parte delle stazioni appaltanti, nonché di un migliore raccordo con il codice penale e la legislazione antimafia. Lo stesso legislatore ha dovuto modificare in sede di correttivo il carattere obbligatorio del *rating* nonché la previsione di un sistema sanzionatorio in capo all'ANAC, considerato l'elevato rischio di *gold plating*, previamente segnalato dalla stessa ANAC²⁹².

Inoltre, un sistema basato sulla presenza di albi ed elenchi, specie per l'accesso ai lavori pubblici, rischia di essere una riproposizione, per la sua valenza eminentemente formale, di espedienti utilizzati in passato a partire dall'albo dei costruttori che, più che disincentivare le infiltrazioni criminali, si sono risolte in barriere all'ingresso di nuovi operatori, per cui tali misure incorporino un potenziale limite alla promozione del confronto concorrenziale.

Critiche di segno analogo sono state mosse nei confronti dei sistemi di qualificazione e certificazione, che rischiano di risolversi in mere attestazioni cartacee di qualità e affidabilità inidonee a garantire una verifica sostanziale sulla struttura e sulla condotta finanziaria delle "imprese", soprattutto tenendo conto della conformazione giuridica di società di capitale nonché di gruppi finanziari - piuttosto che la veste di gruppi industriali - che molti operatori del settore assumono, riproducendosi così con le certificazioni quel sistema statico di controllo formale dal quale il codice, nella formulazione dei suoi principi, avrebbe invece voluto distaccarsi integralmente²⁹³.

Altro punto critico è rappresentato dalla commistione di competenze dell'ANAC, sia in chiave regolatoria, sia rispetto ai poteri di vigilanza. Nel primo senso, il massivo ricorso a strumenti di regolazione flessibile (cosiddetti *soft law*) pone non pochi interrogativi sulla collocazione di tali regole all'interno del sistema delle fonti, anche rispetto al procedimento di formazione e agli effetti di una disciplina così rilevante. Rispetto ai poteri di vigilanza si può segnalare il rischio di un loro eccessivo accentramento in capo all'ANAC: lo stesso responsabile dell'Autorità richiama l'attenzione sul carattere non particolarmente penetrante dei predetti poteri confinati nella sostanza in un controllo sulla legittimità degli atti, seppur esteso in alcuni casi (Expo) con convenzione *ad hoc* all'attività di gestione di diritto privato²⁹⁴.

In definitiva, benché siano evidenti gli sforzi per creare un sistema complessivo più snello e trasparente, rimangono allo stato nel nuovo codice degli appalti non pochi nodi irrisolti, alla luce, tra l'altro, delle indiscusse peculiarità del contesto italiano e della storica stratificazione di norme, prassi e istituti difficili da rimuovere solo attraverso disparati interventi di semplificazione, qualificazione e trasparenza.

In altri termini, rimangono sullo sfondo della nuova disciplina questioni insolute o risolte con modalità che non tengono in debita considerazione la complessità del contesto fattuale e

²⁹⁰ Articolo 196 del decreto legislativo n. 50/2016.

²⁹¹ Consiglio di Stato, parere del 21 marzo 2016 sullo schema di decreto legislativo recante codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n. 11.

²⁹² Articolo 83, comma 10, del decreto legislativo n. 50/2016, come modificato dall'articolo 52 del decreto legislativo n. 56/2017.

²⁹³ Sulla scarsa efficacia del sistema delle certificazioni, confronta seduta del 17 gennaio 2015, audizione del presidente dell'ANIEM, Dino Piacentini, resoconto stenografico n. 112.

²⁹⁴ Sulla natura formale dei controlli da parte dell'ANAC, confronta seduta del 14 ottobre 2014, audizione del presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), Raffaele Cantone, resoconto stenografico n. 58.

regolamentare del sistema degli appalti, specie in relazione al tema costantemente critico dell'inadeguatezza del mero rispetto della legalità formale delle procedure e dei controlli di legittimità a fungere da efficace surrogato nella prevenzione e nel contrasto delle infiltrazioni criminali.

La normativa sugli appalti e il sistema delle fonti. La sovrapposizione di legislazione statale e regionale in materia di contratti pubblici

Un primo profilo di complessità della disciplina sugli appalti pubblici attiene alla tradizionale disarticolazione del quadro normativo, considerata la sovrapposizione di competenze *multilevel* in materia e la frenetica e variegata stratificazione di fonti di produzione del diritto nello specifico settore.

A rendere ancor più complicato il predetto assetto delle fonti ha contribuito la riforma del titolo V della Costituzione, che ha inciso sul riparto delle competenze legislative tra Stato e regioni in materia di appalti pubblici. La Corte costituzionale è intervenuta sulla questione con diverse pronunce volte a far rientrare la materia “lavori pubblici”, di volta in volta, tra quelle di potestà legislative esclusive dello Stato o concorrenti²⁹⁵ attraverso una restrizione dell'ambito di competenza del legislatore regionale, anche con riguardo alle regioni a statuto speciale²⁹⁶. Nonostante gli interventi del giudice costituzionale, volti a dare una disciplina più omogenea a livello nazionale al fine di contrastare la segmentazione del mercato degli appalti pubblici, le regioni hanno comunque continuato ad introdurre disposizioni difformi dal quadro normativo nazionale, come attestano recenti provvedimenti legislativi della Regione siciliana che, in forza della propria specialità, ha introdotto una disciplina con tratti di originalità, anche con riserva di deroga, rispetto a quella codicistica²⁹⁷.

L'innesto della *soft law* nella normativa sugli appalti.

Un altro profilo di criticità da segnalare è quello relativo agli ampi spazi di regolazione concessi all'ANAC per l'attuazione del codice. Al riguardo, l'obiettivo della semplificazione in fase attuativa viene perseguito, principalmente, attraverso un massivo ricorso a strumenti di regolazione flessibile (*soft law*) in particolare attraverso gli svariati rinvii “in bianco” del codice a “linee guida” dell'ANAC per l'applicazione della stessa disciplina codicistica. In particolare andranno prese in esame, in fase di implementazione del codice, l'impatto di tali misure, sostanzialmente a contenuto regolamentare ma che, tuttavia, evitano le scansioni procedurali, i controlli e gli obblighi di partecipazione previsti per l'emanazione dei regolamenti veri e propri. Rimane, inoltre, sullo sfondo il problema aperto dell'incidenza delle suddette fonti di *soft law*, della loro efficacia vincolante verso i soggetti estranei all'amministrazione nonché del possibile conflitto tra norme eterogenee, della loro riconduzione alla tipologia delle direttive amministrative e dei conseguenti eventuali spazi di autonomia da riconoscersi alle stazioni appaltanti.

Criticità croniche del sistema degli appalti. La persistenza di sacche speculative di un mercato non concorrenziale

Non si può non richiamare l'attenzione sul fatto che, già nel 1992, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato segnalava il settore degli appalti come scarsamente competitivo e dunque a rischio corruzione. L'irrompere di “tangentopoli” avrebbe di lì a poco confermato in pieno la bontà di tale rilievo. La prima risposta del legislatore ai gravi fenomeni corruttivi ivi svelati aveva

²⁹⁵ Corte costituzionale 25 settembre 2003, n. 303.

²⁹⁶ Cfr., *ex multis*, Corte costituzionale 17 dicembre 2008, n. 411, e Corte costituzionale 23 novembre 2007 n. 401.

²⁹⁷ Legge della Regione siciliana n. 12/2011, come modificata dalla legge della Regione siciliana n. 8/2016 e dalla legge della Regione siciliana n. 1/2017.

cominciato a segnare un cambio di rotta con consistenti riduzioni dei prezzi di aggiudicazione degli appalti a seguito dell'approvazione della legge n. 109/1994 (cosiddetta legge Merloni nella prima formulazione). La normativa successiva, a partire dalle modifiche (*ter*, *quater*) della stessa legge, e le stratificazioni normative degli ultimi vent'anni hanno segnato più un'inversione di rotta che un miglioramento.

Il codice degli appalti approvato nel 2006 può considerarsi il punto di arrivo di tale controtendenza avendo eliminato definitivamente i due cardini positivi pro-concorrenziali della legge Merloni: l'aggiudicazione dell'appalto unicamente con il metodo del prezzo più basso e la separazione netta tra progettazione ed esecuzione dei lavori.

L'abbandono di questi due principi portanti per un sistema degli appalti orientato in senso pro-concorrenziale ha generato il ricorso sempre più indifferenziato a criteri di aggiudicazione altamente discrezionali e conseguentemente ha provocato una tendenza al rialzo fuori controllo di prezzi e tariffe, specie con riferimento a quelle tipologie di lavori e di opere con interventi altamente complessi e intricati, come nel caso delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, favorendo, di risulta, l'affermarsi di una logica a-concorrenziale intrinsecamente collusiva per i conflitti di interesse e di ruolo.

Si sono, così, consolidate prassi che hanno reso particolarmente appetibile alla criminalità organizzata soprattutto il settore degli appalti di lavori, per il formarsi di ingenti extraprofitti dovuti alla concomitante interazione di fenomeni distorsivi della concorrenza e della legalità.

Specialmente nel settore delle grandi opere, i costi e i rischi della realizzazione dell'opera per le imprese, data la loro ricercata complessità, non possono essere calcolati preventivamente, e legittimano, quindi, continue revisioni del progetto seguendo gli stati di avanzamento delle opere con spese impreviste e imprevedibili a carico dell'amministrazione appaltante.

Il *surplus* di costo che si produce intorno alle grandi infrastrutture - superiore anche del 50 per cento rispetto alla spesa preventivata dalla stazione appaltante - rappresenta inevitabilmente un richiamo fortissimo per la criminalità organizzata. Un richiamo talmente pericoloso e ricorrente da avere indotto in un passato non troppo lontano esponenti qualificati delle istituzioni a dichiarazioni accomodanti circa l'opportunità, se non la necessità, di convivere con le infiltrazioni mafiose.

Fenomeni analoghi si possono riscontrare in mercati ad accesso ristretto basati sulle concessioni di servizi di pubblica utilità e con prestazioni remunerate attraverso tariffe differenziate e complesse che creano margini per spregiudicate prese di beneficio, scaricando sulle esternalità ambientali i maggiori profitti conseguenti a riduzioni o eliminazioni di costi per fasi essenziali delle procedure di realizzazione del servizio (per esempio, non eseguendo le bonifiche preliminari all'istallazione delle opere, oppure, come nel ciclo della raccolta e del trattamento dei rifiuti, riducendo il costo degli smaltimenti con sversamenti e interramenti dei rifiuti tossici delegandoli, se non subappaltandoli, e avvalendosi di operatori in relazione con organizzazioni criminali che dispongono di fatto del controllo del territorio).

Discorso in parte analogo rischia di riprodursi nel comparto degli appalti misti con accentramento della domanda ed esperimento della gara per ambiti nazionali, che finisce per attribuire all'aggiudicatario un potere di mercato esercitabile in modo abusivo nei confronti degli operatori del settore tramite commesse e subappalti in cui l'aggiudicatario assume la veste di un *market maker*, cioè di colui che ha il potere di imporre il prezzo a qualsiasi controparte interessata ad inserirsi nella filiera dell'appalto²⁹⁸.

²⁹⁸ Si fa riferimento al ricorso consolidato ad affidamenti, tramite Consip, di grossi appalti aventi ad oggetto un sistema integrato ed eterogeneo di servizi e forniture. Sul punto, confronta la deliberazione del 25 maggio 2017, n. 6/2017/G della Corte dei conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, sul *global service* immobiliare nelle amministrazioni centrali dello Stato, che ha rimarcato la scarsa economicità delle convenzioni di *facility management* stipulate da Consip, oltre che la bassa qualità dei servizi resi. Sui rischi per la concorrenza di tali affidamenti, cfr., altresì, la relazione dell'Autorità antitrust sull'attività svolta nel 2016, dove si segnala la lotta ai cartelli che si generano, nell'ambito delle gare Consip, intorno agli appalti pubblici integrati, come nel caso sanzionato del cartello tra imprese nella gara per la pulizia delle scuole.

La perversa interazione tra *surplus* finanziario e criteri discrezionali di aggiudicazione degli appalti

Come accennato, il primo fattore che incide sull'indebita creazione di sacche speculative nell'esecuzione degli appalti è il generalizzato ricorso a criteri non pienamente concorrenziali di aggiudicazione degli appalti pubblici. In quest'ottica, va preso in esame l'ambito di utile esperibilità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che sembra prestarsi, più del criterio del massimo ribasso, a logiche di formazione di prezzi generanti margini speculativi, considerata la discrezionalità più ampia dell'amministrazione ma anche dell'impresa nella presentazione dell'offerta. Tale discrezionalità facilita il riproporsi di criticità storicamente consolidate nell'esecuzione dei singoli appalti, ossia: l'effetto cumulativo al rialzo dei prezzi inefficienti contenuti nei capitolati di appalto, i metodi di realizzazione a lotti, la prassi di revisione dei prezzi in corso d'opera, il rifinanziamento delle opere non interamente realizzate, il largo ricorso al subappalto.

Bisogna, quindi, porre particolare attenzione su misure di segno alternativo che riducano, anzitutto, la perversa combinazione tra criteri discrezionali di aggiudicazione e un sistema complesso di formazione prezzi che favorisce, anche attraverso revisioni successive dei meccanismi di spesa, il formarsi di sacche speculative incentivanti sistemi di corruzione e appetite dalla criminalità organizzata.

Il ricorso al *general contractor* nel settore delle grandi opere.

Gli effetti speculativi sopra accennati risultano ancora più evidenti e gravi in relazione al settore delle grandi opere laddove si è concretizzato un vero e proprio trasferimento del rischio contrattuale per la realizzazione dell'opera dall'appaltatore privato allo Stato.

Il largo ricorso alle figure del *general contractor* e del fiduciario, strettamente collegate all'impresa aggiudicataria capofila, può consentire, infatti, a quest'ultima di aumentare la redditività dell'appalto e, al contempo, di far gravare sullo Stato le incognite di costi e rischi in corso d'opera. In sostanza, all'interno di questo meccanismo l'aggiudicatario non è più controparte contrattuale ma un "fiduciario" dell'amministrazione che assume artatamente un ruolo "neutralizzato" dalla qualifica di *general contractor*.

Nella vigenza della "legge obiettivo" e del precedente codice, tale artificio ha prodotto conseguenze ancor più gravi considerato, tra l'altro, che il *general contractor* poteva assumere anche le vesti di direttore dei lavori, incaricato di collaudare le opere a tutela dell'interesse pubblico ma con ovvie influenze di interessi privati²⁹⁹.

Si è, quindi, posto in essere un conflitto d'interessi legalizzato, giacché è stato lo stesso appaltatore a controllare la conformità e la regolarità dell'opera realizzata; e lo stesso contraente privato ha risolto le incognite progettuali accertabili, in lavori complessi come quelli infrastrutturali, solo in corso di esecuzione dell'opera.

Il nuovo codice degli appalti ha rivisitato la figura del contraente generale, superando, in parte, alcune criticità della precedente disciplina, introducendo maggiori contrappesi al precedente strapotere organizzativo e gestionale del contraente generale.

In primo luogo, già la legge delega ha specificato, con disposizione autonoma e immediatamente precettiva, che al contraente generale non spetta più la direzione dei lavori, in quanto è il soggetto aggiudicatore che nomina il direttore dei lavori e i collaudatori³⁰⁰. Viene, altresì, previsto un costante monitoraggio dei lavori anche mediante un comitato permanente,

²⁹⁹ Sulle storture provocate dal meccanismo dell'affidamento dei lavori con il *general contractor*, confronta con l'intervento del senatore Stefano Esposito durante la seduta del 4 febbraio 2016, audizione del presidente dell'ANAS, Gianni Vittorio Armani, resoconto stenografico n. 135.

³⁰⁰ Articolo 1, comma 1, lett. II), della legge n. 11/2016.

costituito dai rappresentanti sia dell'amministrazione sia del contraente generale³⁰¹. Infine, viene demandata al contraente generale solo la progettazione esecutiva e non più quella definitiva³⁰², anche se è consentito l'appalto integrato per appalti di importi pari o inferiori a 100 milioni di euro³⁰³. Cifra sicuramente di tutto rilievo e che potrebbe prestarsi ad aggiramenti in caso di interventi infrastrutturali con ricorso ad una pluralità di appalti sotto quella soglia.

Rimane, peraltro, invariata la disciplina relativa all'affidamento a terzi dei lavori da parte del contraente generale, che conferma pedissequamente le disposizioni del previgente decreto legislativo n. 163/2006, permettendo, di fatto, al soggetto privato l'affidamento a terzi dei lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici.

In tal senso rimane, comunque, assai elevato il livello di discrezionalità del contraente generale - specie nei casi in cui è consentito ricorrere all'appalto integrato - in misura tale da non scongiurare affatto i fenomeni corruttivi già verificatisi in passato.

La separazione tra progettazione ed esecuzione dell'appalto e i progetti di fattibilità.

Un ulteriore profilo essenziale e connesso ai precedenti risiede nelle regole sul rapporto tra progettazione ed esecuzione dell'appalto, specie nel settore delle grandi opere. Il nuovo codice, nella sua versione originaria, intendeva procedere verso una netta separazione, stabilendo il divieto dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione.

Si ripropongono tuttavia, alcune perplessità in ordine alle eccezioni previste dal codice, in particolare a seguito degli interventi correttivi. È così consentito l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori nei casi di: affidamento a contraente generale, anche in questo caso - con la stessa soglia prevista per l'appalto integrato - qualora l'importo dell'affidamento sia pari o inferiore a 100 milioni di euro; finanza di progetto; affidamento in concessione; partenariato pubblico privato; contratto di disponibilità.

Al di là di tali ipotesi derogatorie, che aprono comunque larghi varchi nella concreta applicazione dell'opzione per il progetto esecutivo, rimane il principio che nella vigenza del nuovo codice il progetto deve essere portato al livello esecutivo prima dell'avvio della gara, e spetta all'impresa il compito, e la relativa responsabilità, di indicare modalità e costi di esecuzione. Ne dovrebbe conseguire, come avviene del resto negli appalti tra privati (articolo 1665 del codice civile), che l'assunzione del rischio in fase di esecuzione e sui costi dell'opera viene a gravare sull'impresa stessa. In questo modo il trasferimento del rischio, se effettivamente perseguito e generalizzato, comporterebbe nella prassi un forte disincentivo al ricorso delle varianti e riserve in quanto non potrebbero più innescare aumenti dei costi attualmente tanto inopinati quanto prevedibili³⁰⁴.

Altro strumento introdotto dal codice nella medesima prospettiva di un controllo dei prezzi è quello del progetto di fattibilità che sostituisce i progetti preliminari. In particolare, il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve individuare "tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire"³⁰⁵. Quindi, rispetto al passato, il primo livello di progettazione appare più focalizzato sull'impatto concreto dell'opera e sulle sue conseguenze in termini economici. Da chiarire, peraltro, le conseguenze di tale scelta in ordine all'effettiva realizzazione dell'opera. Le diverse fasi progettuali dovrebbero essere inserite in un sistema di programmazione che consenta chiaramente di espungere dalla fase di realizzazione opere che non superano il vaglio di un previo

³⁰¹ Articolo 194, comma 3, lettera b), del decreto legislativo n. 50/2016.

³⁰² Articolo 194, comma 2, lettera a), e articolo 195, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016.

³⁰³ Sul punto, v. *infra*, par. 3.4.

³⁰⁴ Sul rapporto tra variabilità delle spese di un appalto e introduzioni di varianti e riserve, confronta seduta del 14 ottobre 2014, audizione del presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), Raffaele Cantone, resoconto stenografico n. 58.

³⁰⁵ Articolo 23 del decreto legislativo n. 50/2016.

esame costi benefici; si dovrebbe, in questi casi, introdurre, come riscontrabile nelle migliori pratiche in materia nella legislazione comparata, il cosiddetto progetto di pre-fattibilità al fine di escludere o ridimensionare l'opera e dunque l'appalto sulla base del rapporto tra costi e benefici attesi³⁰⁶.

La deresponsabilizzazione mediante *compliance*.

Va considerato inoltre che, allorché si far riferimento alle “imprese” nel codice degli appalti, siamo in presenza, normalmente, di imprese costituite in forma di società di capitali nelle quali è più complesso - e a volte arduo - individuare, sotto lo schermo della personalità giuridica dell'ente, specifiche responsabilità individuali. In questo ordine di idee bisogna prendere attentamente in considerazione il ruolo svolto dai meccanismi della *compliance*. Un sistema procedurale che innesca e legittima forme di deresponsabilizzazione all'interno dell'impresa, incentivando la formazione di zone opache in cui la responsabilità personale viene diluita attraverso il vaglio della *compliance*, ossia una procedura standard per l'individuazione e valutazione del rischio di non conformità alle regole da parte delle società di capitali. Questo sistema - di derivazione anglosassone e adottato in via generalizzata attraverso il decreto legislativo n. 231/2001 - può dar luogo ad un inutile palliativo giacché trasferisce ad un soggetto interno all'impresa il compito di vigilare sulle aree di attività a rischio di responsabilità penale. La *compliance* di prevenzione si risolve spesso - nella nostra concezione formale dei controlli - nella compilazione burocratica di appositi formulari con diverse tipologie di certificazione esternalizzate a professionisti abilitati o rilasciate da amministrazioni competenti, sul tipo della certificazione antimafia. Se alla valenza eminentemente formale di tale onere burocratico si aggiunge il dato per cui il soggetto interno responsabile della vigilanza è solo apparentemente in una condizione di autonomia, dipendendo in realtà economicamente da chi gli conferisce l'incarico, si chiarisce il rischio altamente deresponsabilizzante della metodologia in questione, in particolare all'interno delle imprese appaltatrici ad architettura complessa costituite nella forma di gruppo societario.

Un meccanismo del genere si rivela quindi inefficace sia in termini di prevenzione, visto il suo scarso rilievo sostanziale, sia in chiave sanzionatoria, giacché esso consente tendenzialmente all'impresa di escludere la presunzione di illecito in capo ai propri vertici una volta dimostrata la regolarità delle procedure messe in atto in conformità alla disciplina dei settori a rischio, qual è, ovviamente, anche quello degli appalti.

La responsabilità della stazione appaltante e quella dell'impresa appaltatrice

Altro aspetto critico da riconsiderare è quello della responsabilità dell'amministrazione in caso di comportamenti illeciti nell'ambito dell'appalto. Le riforme di fine anni Novanta non hanno, infatti, intaccato l'idea che dietro l'atto amministrativo rimangano schermati i comportamenti del funzionario responsabile della procedura.

In questo senso, si appalesa oltremodo inadeguata la fattispecie della denuncia per omissione di atti d'ufficio del responsabile del procedimento in base alla legge n. 241/90 tuttora vigente anche se scarsamente applicata mentre sarebbe auspicabile, nei settori a forte rilevanza economica, sostituirla con un'azione per risarcimento del danno per illecito civile verso terzi.

Nello stesso senso, andrebbero rivisti tempi e modi del processo amministrativo specie in rapporto alla responsabilità del funzionario e al tema del risarcimento, procedendo sulla strada appena intrapresa dal nuovo codice di giustizia amministrativa³⁰⁷, ancora però parametrato alla gravità dell'annullamento piuttosto che a quella del danno provocato ai terzi o all'erario. Andrebbe, infine, anche sotto il profilo del danno erariale, riconsiderato l'incerto confine della separazione delle responsabilità gestionali tra politica e amministrazione, nella configurazione della cosiddetta

³⁰⁶ Sul punto, v. *infra*, par. 5.

³⁰⁷ Confronta articolo 30 del decreto legislativo n. 104/2010.

“esimente politica” della responsabilità amministrativa per danno erariale dei vertici politici delle amministrazioni pubbliche ex articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

Anche nei confronti dell’impresa appaltatrice, il sistema di responsabilità dovrebbe essere riconsiderato in modo da garantire in via preventiva la certezza della sanzione e, in via successiva, la rapidità dell’escussione della somma dovuta a titolo sanzionatorio.

Al riguardo, una prima questione si pone per effetto della rimodulazione di alcuni istituti, come il soccorso istruttorio³⁰⁸, che lasciano ampi spazi di interpretazione in ordine alle conseguenze previste in caso di irregolarità più o meno gravi commesse dal concorrente nell’ambito di una procedura di gara.

Un altro ordine di problemi riguarda l’escussione da parte delle stazioni appaltanti delle garanzie presentate dalle imprese. In proposito, la Banca d’Italia ha segnalato un fenomeno “allarmante” rappresentato dalle gravi difficoltà incontrate dalle stazioni appaltanti - anche quelle attive nei settori ordinari - nell’escussione della garanzia prestata da alcuni intermediari finanziari. Si tratta della copertura di rischi assunta da intermediari non commisurata alle proprie strutture patrimoniali e organizzative, o anche da soggetti non autorizzati a svolgere tali attività in quanto non iscritti nell’elenco speciale di cui al richiamato articolo 106 del decreto legislativo n. 385 del 1993 (testo unico bancario), né assoggettati a vigilanza prudenziale da parte di Banca d’Italia bensì sottoposti a forme di controllo più blande. Un rimedio auspicabile a tale criticità può consistere nella previsione di un sistema assicurativo che copra, a monte, i rischi delle imprese, e di una garanzia bancaria che tuteli, a valle, le stazioni appaltanti³⁰⁹.

Trasparenza e diffusione delle banche dati

Un’altra criticità di fondo del sistema dei contratti pubblici consiste nella mancanza di disponibilità dei nuovi sistemi tecnologici necessari per supportare i nuovi processi, primo tra tutti la creazione della BDOE, la Banca Dati unica degli Operatori Economici prevista dall’articolo 81 del codice. Tale banca dati avrebbe dovuto e dovrebbe – nelle intenzioni del legislatore e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti – superare la farraginosità del processo di comprova e controllo dei requisiti di partecipazione alle gare tuttora svolto dall’Autorità anticorruzione all’interno di AVCpass (*Authority Virtual Company passport*). La BDOE sarà istituita, almeno nei primi elementi essenziali, nella prima parte del 2018, ammesso che siano resi effettivamente disponibili, da parte dei soggetti che li detengono, i dati previsti dalla nuova disciplina.

Evidentemente, la creazione di una banca dati aggiornata periodicamente, se non quotidianamente, potrà risolvere gli annosi *deficit* informativi delle stazioni appaltanti e delle stesse imprese, creando un circolo virtuoso anche in termini di legalità perché consentirebbe sia all’amministrazione che agli operatori di conoscere e rendere conoscibili fatti e circostanze rilevanti nell’ambito della gestione degli appalti³¹⁰.

Restano, tuttavia, ancora incerti i tempi e, soprattutto, i sistemi tecnologici che siano in grado di supportare il funzionamento di uno strumento così ambizioso.

In particolare, il Governo dovrà porre in essere le condizioni tecniche e giuridiche indispensabili per il buon funzionamento di tale banca dati in modo da garantirne la massima trasparenza, completezza e interoperabilità delle informazioni ivi contenute. In questo senso, la banca dati dovrebbe essere unica, *open access* e pienamente fruibile anche da parte degli operatori economici e non solo delle stazioni appaltanti, e la sua gestione andrebbe affidata a un soggetto

³⁰⁸ Articolo 83, comma 9, del decreto legislativo n. 50/2016.

³⁰⁹ Sul punto, confronta seduta del 17 gennaio 2015, audizione del presidente dell’ANIEM, Dino Piacentini, resoconto stenografico n. 112, pag. 8.

³¹⁰ Sull’opportunità di una banca dati aggiornata quotidianamente nel settore dei contratti pubblici, confronta seduta del 14 ottobre 2014, audizione del presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), Raffaele Cantone, resoconto stenografico n. 58; p.17, nonché seduta del 17 gennaio 2015, audizione del presidente dell’ANIEM, Dino Piacentini, resoconto stenografico n. 112, p. 5.

pubblico indipendente che assicuri e verifichi interoperabilità, accessibilità e continuo aggiornamento dei dati immessi³¹¹.

Proposte per rafforzare il contrasto alla corruzione e alla mafia. La progettazione e il ruolo delle stazioni appaltanti

Il progetto esecutivo deve essere il fulcro del nuovo sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici. La pubblica amministrazione dovrebbe superare il principio del *project financing*, mettendo sullo stesso piano i competitori ed evitando quel meccanismo di prelazione che oggi condiziona pesantemente sia la qualità, sia la competizione. Nel settore delle grandi opere, in particolare, occorre abbandonare la stagione dei preliminari sostituendoli con i progetti di prefattibilità in modo che siano messi a gara progetti esecutivi accettati dall'impresa in modo da ridurre il rischio di variazioni in corso d'opera e conseguentemente contenere gli incrementi della spesa. In questa direzione, l'affidamento dei lavori con metodo del *general contractor* va evitato perché legittima una palese situazione di conflitto di interessi dell'appaltatore rispetto alla direzione dei lavori.

Occorre affidarsi alla concorrenza e all'efficienza dei mercati competitivi che, abbassando i prezzi, abbattono all'origine il formarsi di extra profitti. Le incognite su tempi e costi dell'appalto, alimentate dagli strumenti della concessione di costruzione e del *general contractor*, creano potenziali sacche speculative che andrebbero eliminate alla radice. Andrebbero, quindi, spostati, come avviene nei contratti di appalto tra privati, i rischi degli aumenti dei costi dell'esecuzione dell'appalto dalla stazione appaltante pubblica all'impresa appaltatrice privata attraverso regole, anche contrattuali, chiare che eliminino sensibilmente lo spazio per riserve e varianti a carico della parte pubblica per difetti o carenze del progetto messo a base di gara. Tali regole devono riguardare, anzitutto, i criteri di aggiudicazione che non possono lasciare margini di discrezionalità tali da consentire agevolmente, all'indomani dell'aggiudicazione, variazioni al rialzo dei prezzi. Nella stessa direzione, l'impresa aggiudicataria avrebbe il compito, e la relativa responsabilità, di indicare modalità e costi di esecuzione, attraverso l'accettazione del progetto esecutivo, da cui non può discostarsi in sede di realizzazione dell'appalto salvo per circostanze imprevedute e imprevedibili.

Va, infine, assicurato un trattamento rigoroso del ricorso all'avvalimento e al subappalto, istituti che storicamente si sono dimostrati veicoli di infiltrazioni da parte della criminalità giacché innescano più agevolmente l'accennato meccanismo di revisione dei prezzi, favorendo, altresì, maglie più larghe nei controlli sostanziali sui lavori demandati a tali operatori economici apparentemente marginali.

Un coerente sistema dei controlli preventivi e successivi

Va messo a punto un sistema efficiente e coerente di controlli preventivi e successivi sulla gara. Il ruolo di ANAC è fondamentale ma non può essere esclusivo e onnicomprensivo. Vanno responsabilizzate le stazioni appaltanti e i funzionari preposti all'aggiudicazione in prima persona. Occorre rafforzare la qualificazione di questi ultimi - data la nuova centralità da riconoscersi al progetto - nonché il ruolo di vigilanza del committente nei confronti dell'impresa. Il sistema di qualificazione non deve, tuttavia, basarsi quasi eminentemente su elenchi e certificati che spesso si risolvono in una garanzia solo formale di legalità. In realtà, il rafforzamento della prevenzione sui fenomeni criminali nel settore dei contratti pubblici necessita di una revisione delle regole mirata ad evitare il formarsi di potenziali conflitti d'interesse nell'esecuzione dell'appalto e volta ad un efficace e trasparente controllo su prezzi da ottenersi essenzialmente tramite un confronto concorrenziale aperto.

³¹¹ Sul punto, v. *infra*, par. 4.4.

Di pari passo, vanno anche introdotte misure effettive e più certe di responsabilità. Il rafforzamento delle centrali di committenza, volto principalmente a semplificare e digitalizzare le procedure di gara, non deve, infine, agevolare un sistema di neutralizzazione dei controlli e delle responsabilità. In questo ordine di idee un sistema informativo che facilita la comparazione tra prezzi e tipologie di standardizzazione dei contratti renderebbe il mercato degli appalti pubblici più aperto, più contendibile e con prezzi di aggiudicazione meno onerosi per la committenza pubblica.

Un Osservatorio nazionale e una banca dati trasparente, completa e interoperabile

In questo senso occorre sfruttare a pieno le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie attraverso la creazione di una banca dati nazionale che tracci costantemente non solo i profili e le attività delle imprese, come nell'istituenda banca dati, ma anche l'attività delle stazioni appaltanti in funzione della gara, monitorando anche l'andamento dei contratti di appalto pubblici.

La piena interoperabilità della banca dati ridurrebbe costi e tempi della burocrazia giacché consentirebbe alle amministrazioni di conoscere in tempo reale il *track record* delle singole aziende, garantendo, al contempo, alle imprese modalità più veloci e sicure per il rafforzamento della propria qualificazione. Elenchi e certificati richiesti a queste ultime assumerebbero, peraltro, un rilievo sostanziale in quanto inseriti in un sistema reputazionale complessivo e dinamico, utile sia per i controlli da parte delle stazioni appaltanti, sia per l'effettiva auto-qualificazione dell'azienda interessata, ma anche per la possibilità di verifica offerte alle altre imprese candidate e concorrenti nelle procedure di gara.

La gestione dinamica di tale banca dati andrebbe affidata ad un Osservatorio nazionale istituito *ad hoc*, incluso nella struttura ANAC, con il compito di assicurare e verificare interoperabilità, accessibilità e continuo aggiornamento dei dati immessi.

A tal fine, sarebbe anche necessario introdurre un obbligo di comunicazione dei dati e in particolare dei contratti di appalto (di lavori, forniture e servizi, misti) con relative modifiche e revisioni, pena la nullità dei contratti stessi in modo da assicurare la piena e integrale alimentazione della banca dati. Tale trasmissione andrebbe effettuata con utilizzo di *format* standardizzati facilmente fruibili in modo da consentire la comparazione tra dati relativi alle stesse tipologie di appalti. La fruibilità dell'Osservatorio da parte di chiunque interessato verrebbe a realizzare una forma di controllo aperto e incrociato sugli stessi dati. Differenze e anomalie di formule contrattuali, di costi, di tempi e di prezzi per tipologie di appalti comparabili verrebbero evidenziate, trattando i dati con sistemi statici e quantitativi, con riferimento alle medie formulate sui dati trasmessi rafforzandosi in questo modo una conoscenza diffusa del settore, in primo luogo, tra le stazioni appaltanti ma anche da parte della platea dei soggetti - imprese, amministrazioni ma anche cittadini - interessati al buon andamento del sistema degli appalti pubblici.

Il funzionamento dell'Osservatorio fornirebbe al contempo all'ANAC indicazioni utili per l'esercizio della propria attività di vigilanza concentrando l'attenzione verso le situazioni che palesino evidenti criticità di prezzo e/o di modalità contrattuali.

Una configurazione sistemica della disciplina degli appalti

I contratti pubblici per opere, forniture e servizi rappresentano annualmente più del 15 per cento del PIL italiano³¹². A tali percentuali, vanno ragguagliati i costi diretti della corruzione, stimati nel 2009 dalla Corte dei conti in 60 miliardi di euro l'anno (pari a circa il 4 per cento del PIL). Nel solo caso delle grandi opere pubbliche, la corruzione (comprese le perdite indirette) è stimata a ben il 40 per cento del valore totale dell'appalto³¹³.

³¹² Confronta Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione, allegato sull'Italia, 3 febbraio 2014.

³¹³ Confronta Corte dei conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2011. Memoria del procuratore generale*, udienza del 28 giugno 2012.

Grandi opere di costruzione come quelle per la ricostruzione a L'Aquila dopo il terremoto del 2009, per l'Expo Milano 2015 o per la futura linea ferroviaria ad alta velocità Torino-Lione sono state quelle maggiormente esposte al rischio di distrazione di fondi pubblici e infiltrazioni criminali. L'alta velocità, in particolare, è tra le opere infrastrutturali più costose e criticate per gli elevati costi unitari rispetto a opere simili. Al riguardo, essa è costata 47,3 milioni di euro al chilometro nel tratto Roma-Napoli, 74 milioni di euro tra Torino e Novara, 79,5 milioni di euro tra Novara e Milano e 96,4 milioni di euro tra Bologna e Firenze, contro gli appena 10,2 milioni di euro al chilometro della Parigi-Lione, i 9,8 milioni di euro della Madrid-Siviglia e i 9,3 milioni di euro della Tokyo-Osaka. Queste differenze di costo possono rivelarsi una spia, da verificare alla luce di altri indicatori, di un malaffare derivante da una carente gestione o da irregolarità delle gare per gli appalti pubblici³¹⁴.

In sostanza, in Italia, specie nel settore delle infrastrutture, il rischio di corruzione e di infiltrazioni criminali negli appalti rimane particolarmente elevato soprattutto a causa dei cospicui extraprofiti che si generano nella fase successiva all'aggiudicazione, in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti. In contesti normativi e amministrativi complessi, in presenza di complicazioni procedurali e di bandi di gara molto articolati e al contempo lacunosi, solo pochi sperimentati e assuefatti prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi richiesti mantenendo un dialogo costante con le stazioni appaltanti e gli organismi di controllo.

Per contrastare questa tendenza alla realizzazione degli extraprofiti, che costituisce il bacino culturale in cui allignano potenzialmente corruzione e criminalità organizzata, il sistema degli appalti dovrebbe riposizionarsi con più decisione su due cardini essenziali e interconnessi: lo spostamento consapevole dei rischi di esecuzione del contratto in capo all'appaltatore, alla stregua del contratto privato di appalto regolato nel codice civile, e la piena ed effettiva apertura del settore alla concorrenza.

Nel primo senso, è fondamentale la responsabilizzazione dell'impresa in sede di progettazione esecutiva: abbattere l'eventuale successivo extraprofito, trasformandolo nel caso in un costo aggiuntivo a carico dell'appaltatore responsabile della fase esecutiva del progetto, riduce evidentemente indebiti margini lucrativi disincentivando l'attrattività degli appalti per la criminalità organizzata. In particolare, nella realizzazione delle grandi opere, l'abbattimento a monte del rischio di extraprofiti può essere garantito dall'introduzione di una fase di "*pre-design*" attraverso lo strumento dello "studio di pre-fattibilità".

Nei progetti europei e internazionali, il ciclo di vita del progetto inizia proprio con uno studio di pre-fattibilità, affidato con procedure concorsuali a consulenti di grande esperienza. Esso consente di individuare la domanda da soddisfare e le caratteristiche del contesto territoriale, le strategie progettuali e le alternative esistenti, gli elementi principali di sostenibilità finanziaria, economica e istituzionale-amministrativa, i principali *stakeholders* coinvolti, nonché di decidere se il progetto è meritevole di ulteriore approfondimento attraverso studi e progettazioni. In questo modo il committente ha tutte le informazioni utili per valutare la soluzione preliminarmente prescelta e impostare le successive fasi del progetto³¹⁵.

A valle, risulta essenziale, ai fini del controllo del formarsi di indebiti extraprofiti e della piena assunzione del rischio da parte dell'appaltatore, un sistema di nomina degli organi di collaudo atto ad evitare qualsiasi potenziale conflitto di interessi³¹⁶.

³¹⁴ La stretta correlazione tra corruzione e opere strategiche è evidenziata all'interno delle Relazioni redatte dal procuratore generale della Corte dei conti negli anni 2015, 2016 e 2017 che rilevano la presenza di fenomeni corruttivi in importanti interventi strutturali - Expo, MOSE, Mondiali di nuoto, G8 - o ambiti di amministrazione locale.

³¹⁵ Sulla necessità di un'analisi sull'utilità del progetto, cfr. seduta del 4 febbraio 2016, audizione del presidente dell'ANAS, Gianni Vittorio Armani, resosonto stenografico n. 135, p. 16.

³¹⁶ Cfr. l'art. 102 del decreto legislativo n. 50/2016, che circoscrive la possibilità di nominare quali collaudatori soggetti esterni alla stazione appaltante alla sola ipotesi di accertata carenza, nell'organico della stazione appaltante ovvero di altre amministrazioni pubbliche, di personale qualificato allo scopo.

Rispetto all'innalzamento del livello di concorrenza nel settore, assumono un ruolo centrale il controllo e la trasparenza dei prezzi. In tal senso, l'analisi di pre-fattibilità e la chiarezza del progetto esecutivo, riducendo i margini di discrezionalità nell'esecuzione dell'opera, permettono un'effettiva concorrenza sul prezzo dell'appalto. In altri termini, creare le condizioni per un mercato aperto sui costi di esecuzione, favorendo il metodo del prezzo più basso, può consentire di abbattere gli extraprofiti e specularmente arrivare ad elevate riduzioni sui costi della prestazione appaltata con evidente sollievo anche per la finanza pubblica.

Ulteriori benefici in termini di riduzione dei costi e di contrasto alla rarefazione della concorrenza nel mercato degli appalti possono derivare dalla scelta di dimensionare, per quanto possibile, le prestazioni oggetto dell'appalto favorendo la partecipazione diretta alla gara di piccole e medie imprese, evitando in questa prospettiva e a maggior ragione il ricorso agli appalti misti. Gli accorpamenti misti dovrebbero essere limitati solo in presenza di precise economie di scala.

Un appunto critico in questo senso va fatto al ricorso a centrali uniche di committenza per l'aggiudicazione di appalti su scala nazionale. Tale sistema non ha prodotto sin qui i risparmi di spesa auspicati e ha, invece, sacrificato il livello di concorrenza in molti settori favorendo, anziché economie di scala, effetti distorsivi tali da generare situazioni oligopolistiche e comportamenti anticoncorrenziali. Mettere a gara le specifiche prestazioni per singoli appalti, in presenza di prezzi trasparenti e monitorati dall'Osservatorio, contribuirebbe a creare un mercato aperto e concorrenziale, riducendo avvalimenti e subappalti e allontanando al contempo corruzione e le correlate aspettative di lucro della criminalità organizzata.

Benché il nuovo codice degli appalti abbia introdotto una serie di accorgimenti che vanno nel senso di mutare le misure di contrasto alla corruzione alla criminalità organizzata — come le citate disposizioni sulla separazione tra progettazione ed esecuzione dell'opera, sulla standardizzazione e informatizzazione delle procedure di gara, sulla nomina dell'organo di collaudo — la bonifica del settore non può considerarsi ancora conclusa.

Si è insistito ancora troppo su requisiti e certificazioni che, seppur utili per accrescere la qualificazione di imprese e stazioni appaltanti, non contribuiscono di per sé ad accrescere l'apertura del sistema in termini di accessibilità ai dati e alla concorrenza.

Le stesse interdittive antimafia risultano sì funzionali a tamponare situazioni di malaffare emergenti in corso d'opera, ma non suppliscono all'esigenza di un'indagine preliminare più approfondita sulle distorsioni e opacità nella cangiante *governance* di aziende incluse in gruppi a natura finanziaria - piuttosto che industriale - che operano con le carte apparentemente in regola ma avvolte con capitali in rientro con passaggi *offshore* non sempre tracciabili e spesso imputabili a soggetti coperti dall'anonimato. Queste entità finanziarie operano con compiti, nella sostanza, di intermediazione nell'appalto e con conseguente ricorso a forme di subappalto, manifestando carenze organizzative e gestionali, presenza o supplenze della criminalità organizzata che possono prendere forma solo nella fase esecutiva dell'appalto. In questa prospettiva, il ricorso ai commissariamenti delle imprese oggetto di indagine per infiltrazioni criminali si appalesa, in realtà, come una modalità compromissoria e anomala di amministrazione controllata a salvaguardia di interessi di lavoratori e di terzi nonché della realizzazione dell'opera. Un rimedio sintomatico di riduzione dei danni *ex post*, più che una misura di prevenzione e di contrasto alle infiltrazioni criminali negli appalti.

La circolarità del sistema andrebbe, inoltre, portata a regime tramite l'obbligatorietà di garanzie assicurative e bancarie poste a carico delle imprese appaltatrici e tali da consentire l'immediata escussione delle somme in caso di inadempimenti da parte della stazione appaltante. Tale obbligatorietà avrebbe il pregio di innescare conseguentemente il controllo sulla correttezza della progettazione al fine del buon esito dell'opera, anche da parte del soggetto finanziario richiesto di rilasciare le coperture assicurative o bancarie *ad hoc*. Quest'ultimo, infatti, assumendosi l'onere della copertura del rischio dell'appalto, sarebbe indotto necessariamente a verificarne la fattibilità sotto il profilo oggettivo e soggettivo e quindi ad aumentare, nel caso, il premio richiesto per la copertura assicurativa - se non ad escluderla - in carenza di adeguate garanzie reputazionali e/o